

DOI: 10.35643/Info.27.1.11

Artículo original

**Derecho de autor y acceso al conocimiento en América Latina.
Base de datos sobre excepciones al derecho de autor y escenarios
que evidencian el atraso normativo**

**Copyright and access to knowledge in Latin America. Database on exceptions
to copyright and scenarios that show the regulatory backwardness**

**Direitos autorais e acesso ao conhecimento na América Latina. Base de dados
sobre exceções aos direitos autorais e cenários que mostram o atraso
regulatório**

Patricia Díaz Charquero¹ ORCID: [0000-0002-0369-6205](https://orcid.org/0000-0002-0369-6205)

¹ Coordinadora de Datysoc - Laboratorio de Datos y Sociedad, Uruguay. Correo electrónico:
pdiaz@datysoc.org

Resumen

El presente artículo presenta el «Informe sobre el estado de las flexibilidades de derechos de autor en países de América Latina», la base de datos de excepciones y limitaciones creada a partir de este informe y un caso de uso de esta base de datos. El caso de uso se centra en el análisis de escenarios que constituyen prácticas habituales de uso de obras sin autorización expresa y que suelen estar exceptuados en los países del Norte global por razones de interés público. Del mapeo de la situación normativa de los países de Latinoamérica surge evidencia de la existencia de diferentes niveles de atraso legislativo en la región y del contexto de inseguridad jurídica que enfrentan las instituciones culturales, de investigación y de educación.

Palabras clave: EXCEPCIONES; DERECHOS DE AUTOR; ATRASO NORMATIVO; LATINOAMÉRICA.

Abstract

This article presents the "Report on the state of copyright flexibilities in Latin American countries", the database of exceptions and limitations created from this report and a case of use of this database. The use case focuses on the analysis of scenarios that constitute common practices for the use of works without express authorization and that are usually excepted in the countries of the global North for reasons of public interest. From the mapping of the normative situation of the Latin American countries, emerges evidence of the existence of different levels of

legislative backwardness in the region and of a context of legal uncertainty faced by cultural, research and educational institutions.

Keywords: EXCEPTIONS; COPYRIGHT; REGULATORY BACKWARDNESS; LATIN AMERICA.

Resumo

Este artigo apresenta o "Relatório sobre o estado das flexibilidades dos direitos autorais nos países latino-americanos", a base de dados de exceções e limitações criada a partir deste relatório e um caso de uso desta base de dados. O caso de uso concentra-se na análise de cenários que constituem práticas comuns para o uso de obras sem autorização expressa e que geralmente são excetuadas nos países do Norte global por razões de interesse público. Do mapeamento da situação normativa dos países latino-americanos, emergem evidências da existência de diferentes níveis de atraso legislativo na região e de um contexto de incerteza jurídica enfrentado pelas instituições culturais, de pesquisa e de ensino.

Palavras-chave: EXCEÇÕES; DIREITOS AUTORAIS; ATRASO REGULATÓRIO; AMÉRICA LATINA.

Fecha de recibido: 25/11/2021

Fecha de aceptado: 07/02/2022

1. Introducción y fundamentos teóricos

A partir de la pandemia de covid-19, se ha instalado cada vez con más fuerza la necesidad de reforzar los mecanismos para el acceso al conocimiento científico, como también la necesidad de establecer reglas claras para el desarrollo de actividades de educación a distancia e investigación, así como para los proyectos de digitalización y disponibilización del patrimonio documental en línea.

La pandemia del covid-19 evidenció la esencialidad del acceso digital a los bienes culturales durante el confinamiento y reabrió el debate sobre la flexibilización de los regímenes de propiedad intelectual para incentivar la investigación y el acceso a las tecnologías (OMC, 2021).

En este sentido, los instrumentos internacionales de derechos de autor permiten a los países miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y de la Organización Mundial del Comercio (OMC) —especialmente a

los menos adelantados[1] — establecer varias limitaciones y excepciones (flexibilidades) al derecho de autor para salvaguardar el interés público y facilitar las actividades antes mencionadas.

En los países de América Latina encontramos que los autores tienen el derecho exclusivo sobre cualquier forma de utilización de la obra, mediante cualquier proceso o sistema conocido o por conocerse, y ese derecho exclusivo no tiene más excepciones que las específicamente enumeradas por ley. Los países latinoamericanos generalmente no incluyen en sus legislaciones cláusulas flexibles o abiertas como las cláusulas de *fair use*[2] o *fair dealing*[3] propias de los sistemas anglosajones. A su vez, la doctrina mayoritaria entiende que las flexibilidades presentes en cada ley deben interpretarse de forma restrictiva (Antequera Parilli, 2007, p. 97; Barrenechea, 2017, p. 57; Lipszyc, 2017, capítulo 4.3; Rogel Vide & Antequera Parilli, 2006, p. 10), por lo que es poco probable que los jueces, al aplicar el derecho, generen nuevas excepciones por analogía o apelando a los principios generales del derecho.

El profesor Ian Hargreaves (2011, p. 43), en su informe *Oportunidad digital: una revisión de la propiedad intelectual y el crecimiento*, presenta evidencias de dos problemas que justificaron la reforma al derecho de autor en el Reino Unido en el año 2014. Por un lado, detecta un bloqueo a la innovación generado por el exceso de rigidez en las normas de derecho de autor y, por otro, detecta el desajuste entre la normativa y la percepción de legalidad de los ciudadanos.

Hargreaves expresa que el exceso de rigidez en las normas de derecho de autor dificulta el acceso a la investigación científica, esto a su vez incide en el avance de la ciencia en general y en el desarrollo de nuevas tecnologías que posibilitarían significativas mejoras en la calidad de vida de las personas. Hargreaves (2011, pp. 46-47) expone el siguiente ejemplo ilustrativo:

Alrededor del 5 % de la población mundial está infectada con malaria, una infección parasitaria que mata a unas 800.000 personas anualmente (principalmente niños). Se estima que la malaria causa una reducción en el crecimiento económico en el África subsahariana de hasta 1,3 % por año.

Durante la primera mitad del siglo XX, decenas de miles de pacientes con neurosífilis fueron infectados intencionalmente con malaria. Este tratamiento, que curó una proporción de pacientes, es único en la historia de la medicina, y la literatura resultante contiene una gran cantidad de

conocimientos relacionados con la biología de la enfermedad. La Unidad de Investigación de Medicina Tropical Mahidol-Oxford, con sede en Tailandia y apoyada por Wellcome Trust, está interesada en poner a disposición general de los investigadores un conjunto de unos 1000 artículos de revistas científicas de la primera mitad del siglo XX que describen la malaria en pueblos indígenas, soldados, y detalles de la terapia de la malaria: un experimento único e irrepetible. Esta información ofrece perspectivas potencialmente significativas para el desarrollo de métodos para prevenir y tratar la malaria en la actualidad.

A menudo es imposible establecer quiénes son los propietarios de los derechos de autor en estos artículos, muchos de los cuales aparecieron en revistas que ya no existen desde hace mucho tiempo, por lo que son obras huérfanas. Copiarlos para que estén generalmente disponibles en línea sería ilegal. No es posible reproducir ilustraciones y diagramas individuales en artículos. Si se pudiera superar el problema de las obras huérfanas, aun no sería posible extraerlas por minería de textos (copiar los artículos para ejecutar software en busca de patrones y asociaciones que ayudarían a los investigadores) sin el permiso de los titulares de los derechos de autor que se puedan encontrar, ya que ninguna excepción cubre la minería de textos. Incluso superar esos obstáculos no garantizaría que la minería de textos fuera posible en casos futuros. Para eso, cualquier nueva excepción de minería de textos también debe incluir una disposición para anular cualquier intento de prohibirla a través de cláusulas contractuales.

Los documentos sobre la malaria no están disponibles para los investigadores debido a los requisitos de compensación de derechos, estos requisitos parecen desproporcionados en relación con cualquier beneficio que sus titulares probablemente esperarían obtener, si fuese posible ubicarlos. Según Wellcome Trust, el 87 % del material alojado en la principal base de datos de investigación médica del Reino Unido (UK Pub Med Central) tampoco está disponible legalmente para actividades de minería de texto y datos (pp. 46 y 47, traducción nuestra).

Por su parte, Flynn y Palmedo (2017) desarrollaron un instrumento destinado a medir el impacto de las excepciones y limitaciones al derecho de autor en la innovación, el crecimiento en el sector tecnológico, la creatividad y la creación de nuevas obras. Al aplicarlo sobre una muestra de 21 países (11 de altos ingresos y 10 de ingresos medios) concluyen que:

- Todos los países estudiados tienden hacia la apertura y han adoptado algún tipo de flexibilidad al derecho de autor a lo largo del tiempo, pero los países ricos de la muestra se adelantaron unos treinta años a los países en desarrollo en tomar este tipo de medidas.
- Existe evidencia de que una legislación más flexible y abierta (que otorga derechos a los usuarios) genera beneficios globales, entre ellos un mayor desarrollo de industrias de alta tecnología y más publicaciones académicas.

- No existe evidencia de que las excepciones y limitaciones causen daño a los ingresos de las industrias clásicas intensivas en derechos de autor, como las de publicación y las de entretenimiento.

Según estos autores será necesario recuperar los propósitos y funciones originales del derecho de autor, en cuanto incentivo para la creación y la difusión de obras intelectuales, como forma de una política integral de incentivo a la innovación. Para ello es esencial introducir flexibilidades o excepciones tendientes a garantizar los derechos de los usuarios en la era digital.

Estos estudios forman parte de una extensa literatura^[4] que marca la necesidad de analizar la situación de las limitaciones y excepciones al derecho de autor en los países de Latinoamérica, teniendo especialmente en cuenta los avances tecnológicos, las nuevas prácticas sociales y las situaciones generadas por la actual emergencia sanitaria mundial. En este artículo presentaremos algunas herramientas que facilitan este análisis de situación a nivel regional. En una primera parte se presenta el *Informe sobre el estado de las flexibilidades de derechos de autor en países de América Latina* y la metodología utilizada para su elaboración. También se presentan la base de datos de excepciones y limitaciones en Latinoamérica y el sitio web con mapas interactivos como productos derivados. Luego, con el objetivo de testear la utilidad de la base de datos y la herramienta de mapas interactivos, se seleccionan seis países y se plantean escenarios o casos de uso de obras **sin** previa autorización del autor o titular de los derechos, utilizando la herramienta base/mapas para analizar la probabilidad de legalidad o ilegalidad de dichos usos.

2. Antecedentes

En el mes de abril del año 2021, se publicó el *Informe sobre el estado de las flexibilidades de derechos de autor en países de América Latina* (Díaz Charquero, 2021). Este informe incluye el análisis de la legislación de diez países: Argentina, Uruguay, Paraguay, Brasil, Panamá, Chile, Perú, México, Colombia y Ecuador.

El objetivo de dicho informe es, por un lado, mapear la situación de la normativa de derechos de autor de cada país desde el punto de vista del equilibrio de derechos y, por otro lado, crear una herramienta de consulta útil para docentes,

equipos de investigación, bibliotecas y personal de archivos, y también para los responsables de la formulación de políticas.

De esta forma, con la información sistematizada en el informe se crea el sitio web [Flexibilidades al Derecho de Autor en América Latina](#), que incluye herramientas para facilitar la comprensión del alcance de las regulaciones nacionales de derechos de autor y la detección de la presencia o ausencia de flexibilidades en la legislación de cada país.

Para elaborar el informe, se exploraron los usos de las obras comúnmente permitidos o previstos como excepciones en derecho comparado, con el objetivo de construir categorías amplias de «excepciones y limitaciones esperables». Luego, las categorías se clasificaron en función de los principales propósitos (o funciones) que cumplen en relación con la salvaguarda del interés general. Se identificaron siete propósitos para clasificar las categorías de excepciones al derecho de autor.

Cuadro 1: Propósitos y categorías de excepciones (estructura simplificada)

Propósitos Qué justifican las excepciones	Categorías Excepciones al derecho de autor esperables
I) Contribuir a la crítica, el discurso público y la libertad de expresión.	Cita Noticias de actualidad Fines de información Documentos públicos Parodia y afines
II) Fomentar la educación presencial y en línea.	Comunicación con fines educativos Reproducciones con fines educativos Selección de lecturas Enseñanza en línea Elusión de las Medidas Tecnológicas de Protección[5]

<p>III) Promover el acceso y la preservación del patrimonio cultural.</p>	<p>Préstamo público Intercambios entre bibliotecas Servicios de reproducción Preservación Acceso a obras retiradas Obras huérfanas Usos transfronterizos Importación paralela Servicios de traducción Obras agotadas o no disponibles Elusión de las Medidas Tecnológicas de Protección</p>
<p>IV) Ampliar el acceso para poblaciones desatendidas.</p>	<p>Producción de ejemplares accesibles Distribución de ejemplares accesibles Intercambio transfronterizo de ejemplares accesibles Traducción sin compensación Traducción: licencias obligatorias Elusión de las Medidas Tecnológicas de Protección</p>
<p>V) Salvaguardar los usos incidentales, privados o sociales de las obras.</p>	<p>Copia privada Comunicación en el hogar Inclusión incidental Comunicación: pequeños negocios Comunicación: eventos culturales Comunicación: otras sin fines de lucro Modificaciones arquitectónicas Libertad de panorama Elusión de las Medidas Tecnológicas de Protección</p>
<p>VI) Velar por el buen desempeño de la administración pública.</p>	<p>Procedimientos administrativos Procedimientos judiciales Procedimientos parlamentarios</p>
<p>VII) Habilitar o aprovechar nuevas tecnologías beneficiosas y usos aún no previstos.</p>	<p>Enlaces y frames Software: copia de respaldo Software: adaptación Ingeniería inversa Text and data mining Usos no consuntivos (procesos técnicos) Usos transformativos Uso justo Elusión de las Medidas Tecnológicas de Protección</p>

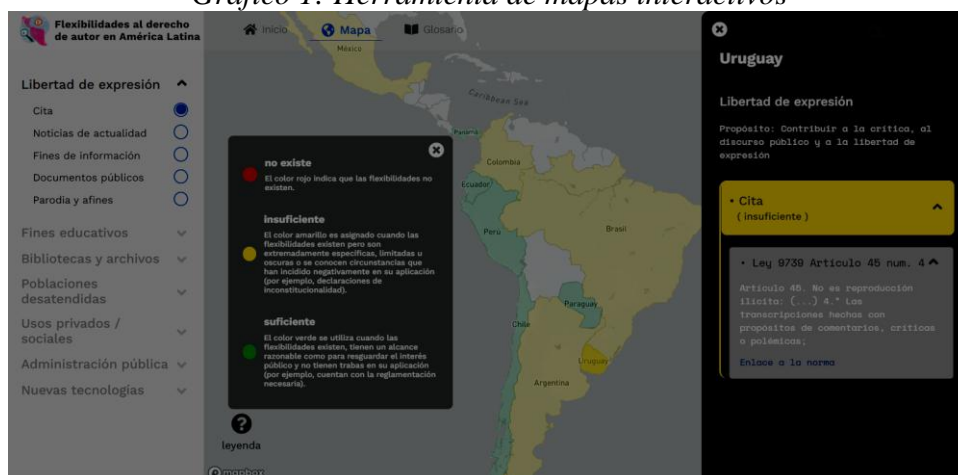
Fuente: elaboración propia a partir del Informe sobre el estado de las flexibilidades de derechos de autor en países de América Latina. La definición abreviada de los propósitos y de cada categoría se encuentra disponible en <https://flexibilidades.datysoc.org/glosario>.

Finalmente, se utilizó la base WIPO Lex (base de datos de información jurídica sobre propiedad intelectual de la OMPI) para identificar en las leyes de derechos de autor de los diez países seleccionados las disposiciones relacionadas con esas categorías de excepciones definidas de forma amplia o genérica. Como la base WIPO Lex no está perfectamente actualizada, se contactó a informantes calificados en cada país con el fin de relevar las últimas reformas y se agregaron las últimas modificaciones de la normativa de cada país (al mes de abril de 2021). A su vez, resultaron un insumo indispensable para la construcción de las categorías los informes sobre limitaciones y excepciones en el mundo (Global Network on Copyright User Rights, 2018) publicados por el Programa Infojustice del Programa de Información, Justicia y Propiedad Intelectual (PIJIP) de la American University.

A partir de los datos relevados en cada legislación nacional, se desarrolló una base de datos[6] y una herramienta con mapas interactivos[7] en la que es posible consultar la normativa de cada país en referencia a sus excepciones y limitaciones. Cada categoría de excepción al derecho de autor se compara utilizando un sistema de semáforo (verde, amarillo y rojo) que, siguiendo los parámetros desarrollados en el informe, califica la excepción como suficiente, insuficiente o inexistente. Al seleccionar un país (haciendo clic en él), se puede leer el texto legal específico de la excepción y también se puede acceder directamente a la fuente normativa.

Por ejemplo, en el Gráfico 1 se muestra la situación de la excepción de cita y la normativa de Uruguay luego de seleccionar el país en el mapa.

Gráfico 1: Herramienta de mapas interactivos



Fuente: captura de <https://flexibilidades.datysoc.org/mapa> (elaboración propia).

La herramienta incluye un glosario con una primera aproximación conceptual o definición básica de cada categoría (ver Gráfico 2).

Gráfico 2: Glosario de la herramienta de mapas interactivos



Fuente: captura de <https://flexibilidades.datysoc.org/glosario> (elaboración propia).

3. Caso de uso de la base de flexibilidades al derecho de autor en América Latina

El sitio web y su base de datos de normativa permite realizar relevamientos y análisis de derecho comparado basados en escenarios hipotéticos. De esta forma, con el objetivo de testear la utilidad de la base de datos y la herramienta de mapas interactivos, se seleccionaron seis países y se plantearon escenarios de uso de obras sin previa autorización del autor o titular de los derechos, que constituyen prácticas habituales y que suelen ser usos permitidos en los países del Norte global por razones de interés público.

Vale la pena resaltar que el uso de escenarios hipotéticos deja al descubierto la complejidad del tema de las flexibilidades al derecho de autor. En la vida real los usos de obras no ocurren de a uno ni de forma aislada. Por ejemplo, cuando un docente decide utilizar el breve fragmento de un libro con sus estudiantes, hace una copia parcial de ese libro (reproducción), luego puede compartirla con sus estudiantes ya sea entregando ejemplares en clase presencial (reproducción + distribución) o subiendo la copia del fragmento a una plataforma o aula virtual (reproducción + publicación) y dejándola visible para sus estudiantes (puesta a disposición o comunicación pública). Cada uno de estos actos debería involucrar una serie de excepciones al derecho de autor que expresamente permitan la

reproducción, la distribución, la puesta a disposición y la comunicación pública. En la práctica no todos esos actos pueden estar necesariamente cubiertos por las excepciones vigentes en su país. De hecho, cuando esos escenarios de uso con fines educativos se trasladan a la esfera digital suelen no estar amparados por excepciones al derecho de autor.

3.1 Metodología

Se seleccionaron tres países que han pasado por procesos de reforma relativamente recientes a su régimen de excepciones al derecho de autor, estos son Colombia (reforma en 2018), Ecuador (reforma en 2016), Chile (reforma en 2010) y otros tres países que no han realizado reformas recientes a su régimen de excepciones al derecho de autor, estos son Argentina, Uruguay y Brasil^[8].

Se utilizó la base de datos de flexibilidades para revisar la probabilidad de legalidad o ilegalidad de los escenarios en cada ley, analizando el alcance de sus excepciones de acuerdo a su tenor literal. No se revisó la jurisprudencia ni las interpretaciones doctrinales de la ley en cada jurisdicción. Por lo tanto, la investigación no registró cómo los tribunales interpretan y hacen cumplir la ley en cada país. Tampoco se analizó si estos usos son efectivamente perseguidos en cada país o si son tolerados por los titulares de derechos de autor. Por lo tanto, no se recomienda que las categorizaciones de cada ley en cada escenario sean interpretadas como predicciones de cómo se resolverían casos similares a nivel nacional.

Se plantearon ocho escenarios ilustrativos^[9], cuatro de ellos se relacionan con actividades de educación y otros cuatro con bibliotecas y archivos. Se explicita:

- si el escenario no está contemplado dentro de las excepciones al derecho de autor (probablemente ilegal),
- si la normativa prevé excepciones que contemplen el escenario (probablemente legal),
- si la normativa prevé excepciones, pero estas no son suficientes o claramente aplicables al escenario (no concluyente).

3.2 Educación: escenarios ilustrativos

Escenario 1: Un estudiante escanea un capítulo suelto de un libro para su uso personal (estudiar en su casa para un examen).

La situación de cada país se describe en el Gráfico 3 y la normativa aplicable es la siguiente:

- Argentina: escenario no contemplado.
- Brasil: Ley 9610, artículo 46, num. II (copia privada).
- Colombia: Ley 23, artículos 37 y 44 (copia privada).
- Chile: Ley 17.336, artículo 71 B y M (reproducción con fin educativo).
- Ecuador: Código Ingenios, artículo 212, num. 15 (reproducción con fin educativo).
- Uruguay: escenario no contemplado.

Gráfico 3: Escenario 1



Fuente: elaboración propia.

Escenario 2: Un docente publica en su aula virtual una compilación comentada de lecturas como material de estudio para sus estudiantes. Utiliza para el análisis breves fragmentos o capítulos sueltos de obras de diferentes autores.

La situación de cada país se describe en el Gráfico 4 y la normativa aplicable es la siguiente:

- Argentina: escenario no contemplado.
- Brasil: escenario no contemplado.
- Colombia: Ley 1915, artículo 16 e (reproducción con fin educativo).

- Chile: Ley 17.336, artículo 71 B, M y Q (reproducción con fin educativo).
- Ecuador: Código Ingenios, artículo 212, num. 1, inc. 2 (selección de lecturas) y artículo 212, num. 15 (reproducción con fin educativo y educación en línea).
- Uruguay: escenario no contemplado.

Gráfico 4: Escenario 2



Fuente: elaboración propia.

Escenario 3: En el marco de un proyecto de fomento a la lectura, un docente pide a sus estudiantes que creen *podcasts* seleccionando y leyendo sus cuentos cortos favoritos. Los *podcasts* se publican en la web de la institución.

La situación de cada país se describe en el Gráfico 5 y la normativa aplicable es la siguiente:

- Argentina: escenario no contemplado.
- Brasil: escenario no contemplado.
- Colombia: Ley 1915, artículo 16 e (reproducción con fin educativo) y Ley 23, artículos 32 y 164 (comunicación pública con fin educativo).
- Chile: Ley 17.336, artículo 71 B, M y Q (reproducción con fin educativo) y artículo 71 N (comunicación pública con fin educativo).
- Ecuador: Código Ingenios, artículo 212, num. 15 (reproducción con fin educativo) y artículo 212, num. 17 y 28 (comunicación pública con fin educativo).
- Uruguay: escenario no contemplado.

Gráfico 5: Escenario 3



Fuente: elaboración propia.

Escenario 4: Un docente publica en su aula virtual un libro de texto que se encuentra agotado o no disponible en el mercado nacional desde hace varios años.

La situación de cada país se describe en el Gráfico 6 y la normativa aplicable es la siguiente:

- Argentina: escenario no contemplado.
- Brasil: escenario no contemplado.
- Colombia: escenario no contemplado.
- Chile: escenario no contemplado.
- Ecuador: Código Ingenios, artículo 212, num. 16 (obras agotadas o no disponibles).
- Uruguay: escenario no contemplado.

Gráfico 6: Escenario 4



Fuente: elaboración propia

3.3 Bibliotecas y archivos: escenarios ilustrativos

Escenario 5: Una biblioteca universitaria presta los libros y videos de sus colecciones avisando a sus usuarios que **no** pueden copiarlos.

La situación de cada país se describe en el Gráfico 7 y la normativa aplicable es la siguiente:

- Argentina: escenario no contemplado.
- Brasil: escenario no contemplado.
- Colombia: Ley 1915, artículo 16, lit. b y c (préstamo público).
- Chile: Ley 17.336. artículo 18, lit. e, inc. 2 (préstamo público).
- Ecuador: Código Ingenios, artículo 125 y artículo 212, num. 9 v (préstamo público).
- Uruguay: escenario no contemplado.

Gráfico 7: Escenario 5



Fuente: elaboración propia

Escenario 6: Una biblioteca universitaria digitaliza los ejemplares que forman parte de la bibliografía obligatoria de los cursos para ofrecer un servicio de préstamo digital controlado[10], limitando la reproducción y el tiempo de acceso mediante medidas de protección tecnológica.

La situación de cada país se describe en el Gráfico 8 y la normativa aplicable es la siguiente:

- Argentina: escenario no contemplado.
- Brasil: escenario no contemplado.
- Colombia: escenario no contemplado.
- Chile: escenario no contemplado.
- Ecuador: Código Ingenios, artículo 212, num. 9 v (préstamo público/acceso temporal).
- Uruguay: escenario no contemplado.

Gráfico 8: Escenario 6



Fuente: elaboración propia

Escenario 7: El Archivo de la Facultad de Arquitectura de una universidad suele recibir la donación de los planos de arquitectos famosos por sus herederos[11]. Deciden iniciar un proyecto para digitalizarlos con fines de preservación y para dar acceso remoto a esos materiales.

La situación de cada país se describe en el Gráfico 9 y la normativa aplicable es la siguiente:

- Argentina: escenario no contemplado.
- Brasil: escenario no contemplado.
- Colombia: Ley 23, artículo 38 (copia de preservación).
- Chile: Ley 17.336, artículo 71 I a (copia de preservación).
- Ecuador: Código Ingenios, artículo 212, num. 9 a (copia de preservación) y artículo 212, num. 9 v (préstamo público / acceso temporal).
- Uruguay: escenario no contemplado.

Gráfico 9: Escenario 7



Fuente: elaboración propia

Escenario 8: Un experto en ciencia de datos busca obtener nueva información sobre el cáncer de pulmón. Para ello aplica técnicas de minería de datos en artículos científicos extraídos de bases de revistas arbitradas privadas a las que ingresa legalmente mediante la suscripción que paga la biblioteca de su universidad.

La situación de cada país se describe en el Gráfico 10 y la normativa aplicable es la siguiente:

- Argentina: escenario no contemplado.
- Brasil: escenario no contemplado.
- Colombia: Ley 23, artículos 37 y 44 (copia privada) y Ley 1915, artículo 16 a (usos no consuntivos).
- Chile: Ley 17.336, artículo 71 O (usos no consuntivos).
- Ecuador: Código Ingenios, artículo 212, num. 9 viii (minería de textos por bibliotecas).
- Uruguay: escenario no contemplado.

Gráfico 10: Escenario 8



Fuente: elaboración propia

4. Conclusiones

El *Informe sobre el estado de las flexibilidades de derechos de autor en países de América Latina* presenta evidencia del anacronismo normativo en nuestra región. Esto se confirma cuando se realiza el ejercicio de utilizar la base de datos y la herramienta de mapas interactivos para realizar relevamientos de derecho comparado en base a escenarios hipotéticos. El análisis de escenarios sugiere que es altamente probable que las bibliotecas, los archivos y las instituciones educativas y de investigación, así como las personas que forman parte de estas instituciones, enfrenten reiteradas situaciones de inseguridad jurídica.

De cualquier forma, existen diferentes niveles de atraso legislativo entre los países y también existen algunas excepciones. Este es el caso de la legislación de Ecuador, que demuestra ser una buena legislación en términos de equilibrio de derechos, mientras que las legislaciones de Argentina y Uruguay muestran un alto grado de anacronismo.

Finalmente, vale la pena resaltar que la base de datos y la herramienta de mapas interactivos demuestran ser un instrumento útil para el análisis normativo y para la toma de decisiones en torno a la reforma del derecho de autor desde la mirada del interés público, ya que, al sistematizar la normativa y representar de forma gráfica los posibles problemas, permiten su visibilización. Durante el año 2022 se planifica completar la base de datos para alcanzar a los 21 países de Latinoamérica.

Bibliografía

- Antequera Parilli, R. A. (2007). *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Editorial Reus.
- Barrenechea, A. (2017). Régimen de excepciones y limitaciones al Derecho de los Autores. *Derecho & Sociedad*, 49, 55-64.
- Base de datos de Leyes y Tratados de la OMPI*. (s. f.). WIPO Lex. Recuperado 7 de abril de 2018, de <http://www.wipo.int/wipolex/es/index.jsp>
- Díaz Charquero, P. (2021). *Flexibilidades al derecho de autor en América Latina*. Datysoc y Fundación Karisma.
<http://repositorio.cfe.edu.uy/handle/123456789/1458>
- Flynn, S., & Palmedo, M. (2017). The User Rights Database: Measuring the Impact of Copyright Balance (PIJIP working Paper). *American University Washington College of Law Program on Information Justice and Intellectual Property*. <http://infojustice.org/wp-content/uploads/2017/11/Flynn-and-Palmedo-v1.pdf>
- Global Network on Copyright User Rights. (2018). *Flexible Use Research* [Infojustice.org]. <http://infojustice.org/flexible-use/research>
- Hargreaves, I. (2011). *Digital opportunity: A review of intellectual property and growth for HMG* (p.) [Monograph]. Crown.
<http://www.ipo.gov.uk/ipreview>
- Lipszyc, D. (2017). *Derecho de autor y derechos conexos*. CERLALC.
- OMC. (2021, febrero 23). *Members discuss TRIPS waiver request, exchange views on IP role amid a pandemic*. WTO News.
https://www.wto.org/spanish/news_s/news21_s/trip_23feb21_s.htm
- Rogel Vide, C., & Antequera Parilli, R. (Eds.). (2006). *Los límites del derecho de autor* (1a. ed). Reus Aisge.

Notas

- [1] El Acuerdo sobre los ADPIC (Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) reconoce expresamente en su Preámbulo «las necesidades especiales de los países menos adelantados Miembros por lo que se

refiere a la aplicación, a nivel nacional, de las leyes y reglamentos con la máxima flexibilidad requerida para que esos países estén en condiciones de crear una base tecnológica sólida y viable».

[2] Por ejemplo, la sección 107 de la Copyright Act de Estados Unidos introduce la posibilidad de que, en cada caso, el juez evalúe si existe una infracción al derecho de autor (copyright) utilizando los «factores de equidad» del fair use. Estos son: 1) el propósito y el carácter del uso, incluyendo si dicho uso es de naturaleza comercial o con fines educativos sin fines de lucro; 2) la naturaleza de la obra protegida; 3) la cantidad y la sustancia de la porción utilizada en relación con la obra como un todo; 4) el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra. En definitiva, se trata de una norma flexible y abierta, aplicable por un tribunal en cada caso concreto, mediante la cual se pueden introducir excepciones al derecho de autor en base a los factores previstos en la ley.

[3] Por ejemplo, la Copyright Act (2011) de Canadá enumera los propósitos que se pueden considerar como fair dealing, estos son: la investigación, el estudio privado, la transmisión de noticias, la crítica o revisión, la educación, la parodia y la sátira. El fair dealing implica un análisis en dos etapas. En primer lugar, el juez deberá determinar si el uso en cuestión cumple con uno de los propósitos enumerados en la ley. Suponiendo que cumple con la primera etapa, la segunda implica analizar si dicho trato en particular es justo: este análisis se basa en el cumplimiento de «factores de trato justo», esto se realiza en base a criterios jurisprudenciales que suelen ser parecidos a los del fair use.

[4] En su estudio, Flynn y Palmedo realizan un interesante relevamiento de investigaciones empíricas que estudian el impacto de la legislación de derechos de autor sobre las actividades de innovación, creatividad y creación de nuevas obras. Presentan un resumen de la bibliografía relevada, clasificándola por tema y explicitando las hipótesis que cada estudio viene a confirmar (véase *The User Rights Database: Measuring the Impact of Copyright Balance*, 2017, p. 8).

[5] Se suele habilitar explícitamente la elusión de las Medidas Tecnológicas de Protección o DRM (por sus siglas en inglés) cuando esta elusión se realiza para ejercer una excepción. De nada sirve ofrecer a los usuarios excepciones al derecho

de autor sin ofrecer la garantía de que podrán eludir los obstáculos derivados de las medidas de DRM para poder usar esas excepciones.

[6] La base de datos se encuentra disponible con licencia libre en GitHub: <https://github.com/datysoc/derechos-autor-datysoc>.

[7] La herramienta de mapas interactivos se encuentra disponible en <https://flexibilidades.datysoc.org/mapa>.

[8] Estos países, si bien incluyeron recientemente excepciones para personas con problemas de acceso al texto impreso, implementando así el Tratado de Marrakech, no han revisado de forma holística la normativa de excepciones y limitaciones.

[9] Se reutilizan varios de los escenarios planteados en ocasión de la encuesta ¿Cuánto sabes de derechos de autor? (Díaz, et al, 2021) aplicada en Uruguay.

[10] Este tipo de préstamo implica la posibilidad de que una biblioteca haga una copia digital (con fines de préstamo) de un libro físico de su colección. La biblioteca puede prestar uno solo de los ejemplares (el digital o el físico), o sea, si la biblioteca adquirió un solo ejemplar, solo puede prestarlo a una persona.

[11] La donación del objeto físico que contiene la obra no implica cesión de derechos de autor, los herederos son los únicos titulares de los derechos de autor salvo que exista una cesión expresa.

Nota del autor

Proyecto financiado por los Fondos INDELA 2020 (Iniciativa por los Derechos Digitales en Latinoamérica).

Nota del editor

El presente manuscrito fue aprobado para su publicación por Gregory Randall.

Nota de contribución autorial

La autora elaboro la totalidad del artículo.